

# BIT 中与 ICSID 管辖权有关问题的探究

厦门大学法学院 左艳君

**摘 要:** 目前在双边投资条约中,传统发展中国家作为东道国为维护其国家经济主权的“安全阀”正在被软化,中国作为发展中国家,在目前经济状况下,应当坚持“安全阀”的保护作用,在签订 BIT 时警惕当地救济原则和限制接受 ICSID 管辖的“争端解决”条款,坚持“用尽当地救济”原则和“逐案审批同意”权,限制 ICSID 的仲裁管辖权,争取保护国家经济主权的主动权。

**关键词:** ICSID 管辖权 当地救济原则 逐案审批同意

## 一、BITs 中关于 ICSID 的仲裁管辖权同意方式的讨论

我国晚近签订的双边投资条约中一揽子全盘接受了 ICSID 仲裁管辖权,而我国所签订的所有双边条约中都有最惠国待遇条款,这些条款很可能导致我国对 ICSID 的仲裁管辖权全面扩大化,

在今后缔结双边条约时我国不仅应该重新坚持部分接受 ICSID 仲裁管辖权,还应明确主张最惠国待遇条款不适用于争端解决程序。

这种改变在近些年以来的扩大使用最惠国待遇时问题愈发明显,从国外的若干判例来看,最惠国待遇由以前仅

适用于实体性问题发展为拓展适用于程序性问题,由此看来,关于仲裁管辖权这一类程序问题也将逐渐被主张适用最惠国待遇,这样中国无疑将面临需要全面接受 ICSID 的管辖权,而不仅限于通过双边投资条约同意全面将争议提交 ICSID 仲裁的有限缔约国。

称大陆法系。指包括欧洲大陆大部分国家从 19 世纪初以罗马法为基础建立起来的,以 1804 年《法国民法典》和 1896 年《德国民法典》为代表的法律制度以及其他国家或地区仿效这种制度而建立的法律制度。大陆法系国家一般不存在判例法,对重要的部门法制定了法典,并辅之以单行法规,构成较为完整的成文法体系。大陆法系要求法官遵从法律明文办理案件,没有立法权。大陆法系国家的立法和司法分工明确,强调制定法的权威,制定法的效力优先于其他法律渊源,而且将全部法律划分为公法和私法两类,法律体系完整,概念明确。大陆法系一般采用普通法院与行政法院分离的双轨制,法官经考试后由政府任命,严格区分实体法与程序法,一般采用纠问式诉讼方式。在法律推理形式和方法上,采取演绎法。由于司法权受到重大限制,法律只能由代议制的立法机关制定,法官只能运用既定的法律判案。因此,在大陆法系国家,法官的作用就在于从现存的法律规定中找到适用的法律条款,将其与事实相联系,推论出必然的结果。

5. 英美法系又称普通法法系。是

指以英国普通法为基础发展起来的法律的总称。它首先产生于英国,后扩大到曾经是英国殖民地、附属国的许多国家和地区,包括美国、加拿大、印度、巴基斯坦、孟加拉、马来西亚、新加坡、澳大利亚、新西兰以及非洲的个别国家和地区。到十八世纪至十九世纪时,随着英国殖民地的扩张,英国法被传入这些国家和地区,英美法系终于发展成为世界主要法系之一。英美法系中也存在两大支流,这就是英国法和美国法。它们在法律分类、宪法形式、法院权力等方面存在一定的差别。英美法系的特点是注重法典的延续性,主要是以判例法为主要形式。英美法系特点是以英国为中心,英国普通法为基础,以判例法为主要表现形式,遵循先例,变革相对缓慢,具有保守性;在法律发展中,法官具有突出作用,体系庞杂,缺乏系统性,注重程序的“诉讼中心主义”。

## 三、结语

我国近现代的法制制度的建立和发展都是在中华法系的基础上发展而来的。但是因为历史种种等原因,造成两岸四地的现状,法系的构成相对复杂,法系也因为地域的原因各不相同。台湾

地区使用民国时期南京国民政府的立法,南京国民政府编辑《六法全书》,又称“六法大全”实现了当时中国形式上的法律近代化。我国香港和澳门因为受到外国侵略者的侵略而沦为殖民地,回归祖国后,我国政府对香港和澳门的政策维持五十年不变,所以香港和澳门一直沿用着其占领国的法律。香港的法律基本沿用英国的法律制度使用英美法系,而澳门作为葡萄牙的殖民地也使用着和葡萄牙相同的法律制度,澳门是大陆法系。我国大陆地区自中华人民共和国成立以来一直使用的是社会主义法系。新型的中国特色社会主义法律体系形成并不断发展。同时批判地吸取了我国旧法系中的精华,吸取了世界各大法系中的有益的成份而丰富了自己。正确认识和对待世界法律制度在经济全球化和法治的一些规则逐步世界化的今天,尤为重要。我们应该本着“不设范以自规,不划界以自封”的态度,以马克思主义唯物辩证法为世界观和方法论,以邓小平民主法制思想为指导,整合外来法律文化,使我国的社会主义法系在当今法制建设实践中更具特色和生命力。

而一般看来,发展中国家全面接受 ICSID 的仲裁管辖是为了改善投资环境,吸引更多外资,以求经济发展,我国也采取所谓的“走出去”战略。但影响一国投资环境更多的是东道国安定的政治局势,广阔的市场,廉价密集的劳动力资本,充足的自然资源,及相应的科学技术环境。近年来,我国外国投资数目不断增加,吸引其的是中国独具的市场与劳动力资本,及相对稳定的政局。目前,我国签订双边投资条约,不需要为吸引外国投资而做过多让步,全面接受 ICSID 的仲裁管辖,以避免全面接受所带来的诸多困扰。

考虑到我国近几年,在海外的投资也逐渐在增加,为了保护我国海外投资者,应该区别我国在缔约方的投资数量及大致投资额从而采取不同的方式承认 ICSID 的仲裁管辖权。在中国与发展中国家签订 BITs 时,中国可以继续目前的缔约方式,为我国海外投资者提供条约水平的保护;在与发达国家签订双边投资条约时,恢复中国在缔约之初对管辖权条款的接受范围,即将征收补偿额争端提交 ICSID 仲裁,强调东道国当地救济优先原则,保护中国经济主权。

## 二、ICSID 的仲裁管辖的前置条件——用尽当地救济原则

关于 ICSID 的管辖权的争议中,“没有用尽当地救济”是常见的程序方面的反对理由,《华盛顿公约》改变了传统国际公法中“放弃用尽当地救济需明示”的公认适用规则,表述为“要求需明示,这是发达国家对“当地救济原则”态度,也是目前此前置条件的发展趋势——发达国家试图规避、削弱用尽当地救济原则的实际效用。

### (一) 用尽当地救济原则的利弊分析

用尽当地救济原则通常适用于外国投资者认为东道国的某些国家或政府行为损害了其依据双边条约等应当享有的权利或受到保护的利益而要求赔偿时,东道国是可以通过以后的行动为该外国人提供所要求的待遇,因此若该外国投资者未用尽当地救济手段,此时国际法庭将不会受理其提出的求偿。即用尽当地救济是将投资争端上升到国际层面去解决的前置条件。我们可以通过分析当地救济的利弊来考量这种制度安排的合理性。

#### 1、用尽当地救济原则支持意见

(1) 只有一个国家行为在该国法律体制内充分被审查,给予其自身法律框架内的内部纠错机会,才得以被认为

是代表东道国国家意志的国家行为,才具有国际层面上的可诉性。

(2) 在当地救济方法用尽之前,国内救济体制拒绝受理或执法不公并未确切发生;

(3) 根据便利原则,由当地法院对事件进行初步调查方便快捷,应当容许国内直至最高法院有机会去调查审理该事件。这样便于开展调查工作,且能够使争端有一定可能性更快地解决;

(4) 外国投资者在异国领域内从事投资等行为,理应受该外国法律管辖,该国对其有属地管辖权,其行为应当视为原意接受该国国内法拘束并首先在该国法定程序内寻求救济,这是一国法律制度正常运行时应当遵循的程序要求;

(5) 过多的国际层面解决外国投资者与东道国之间的投资争端,可能会使一国陷入滥诉漩涡,不利于国家主权独立,妨碍国家正常行使国家权力;

(6) 对行政机关或地方机构的行为给予行政复议等国内救济措施,有利于东道国规范其行政机关等国家机构的管理行为,从根本上改善一国投资环境。

#### 2、用尽当地救济原则的反对意见

在现状框架内,国外投资者一般不信任东道国,这种不信任表现在两个方面,首先是对东道国会对其给予合理有效全面的投资保护持不信任态度,其次对东道国复议机构及司法审判机构的独立公平性不信任,尤其是发达国家对发展中国家,认为发展中国家相关法律制度尚不健全,司法公正及独立性未达到相应标准。在这种心理机制下,外国投资者无法摆脱对东道国国内法院判决的权威性及公平性的怀疑,除非其得到了其所期望的判决结果,否则其最终仍会选择 ICSID 仲裁等国际救济措施。由此将会造成巨大的时间成本及诉讼费用浪费,使争端的解决完全依赖于漫长的等待,国内救济完全成为“走过场”,最终的解决仍依赖于国际层面的裁决。这不仅给外国投资者带来不便,也无端耗费了巨大的国内司法资源。一旦,国内法院的最终裁决最终被 ICSID 的裁决推翻,将影响他国对东道国国内司法公正的信赖,给东道国国内司法审判造成来自国际层面的压力,影响其独立性。并可能导致东道国法院为避免自己的判决被推翻而做倾向于外国投资者的审判,甚至会促使某些投资者借此而给东道国法院施压,以求满足其部分不合理要求。

(二) 晚近关于 ICSID 仲裁管辖权的态度转变

美国起初其极力排斥和否定东道

国对境内涉外投资争端的全面管辖权,极力倡导将争端应提交国际仲裁庭解决,但是随着国际形势的最新发展,其也体会到将本国境内的涉外投资争端任由国际仲裁庭“一裁终局”的不利之处,进而改变其之前作为资本输出国尽量订立最高标准的投资保护条款。在其近几年由于全面接受 ICSID 的仲裁管辖权,卷入过多外国投资争端仲裁,开始担心国际仲裁的终局性会过度影响国家利益,正在逐步推动关于国际仲裁的上诉机制,改变其以往裁决的终局性,并推进国际仲裁的透明化程度,以求保护其国家及海外投资者利益。目前,发展中国家及发达国家都开始逐步否定国际仲裁庭的全面管辖,并注重对国际仲裁加以必要的限制,开始重视东道国对本国境内涉外投资争端应当在必要的范围和必要的条件下保持优先的管辖权和排他的管辖权,“用尽当地救济”原则开始重新被重视或强调。

综上所述,可以得出,取消“用尽当地救济原则”是前几年发达国家从保护本国海外投资者角度考虑,对双边投资条约关于 ICSID 仲裁管辖权的变更,是其试图将此种观年输入东道国,但阿根廷轻率对待投资争端管辖权带来的惨痛教训,及两类国家对 ICSID 管辖权的最新态度转变,我们可以得出东道国应保证本国法院对本国范围内投资案件的管辖权,才可以避免自己陷入诉讼漩涡,应该设置严格条件,从严限制将本国境内涉外投资争端提交国际仲裁。我国作为发展中国家,放弃当地救济原则无疑会给自己带来太重的国际义务,难以保证国家经济等各种国家政策的落实,应当坚持用尽当地救济原则,从保证国家主权独立层面要求必须要经过本国法院审查争端的性质后,才能将争端提交中心仲裁。

#### 参考文献:

[1] 魏艳茹:《论我国晚近接受 ICSID 仲裁管辖权之欠妥》,《国际经济法学刊》(第 13 卷第 1 期),北京大学出版社,2006 年版。

[2] 王海浪:《ICSID 体制内用尽当地救济原则的三大挑战及对策》,《经济法学刊》(第 13 卷第 3 期)。

[3] 陈安:《中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除》,《经济法学刊》(第 13 卷第 1 期),北京大学出版社,2006 年版。

[4] “中心”网站: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>, 2009 年 12 月 30 日。